

Os efeitos da sucumbência ao Ministério Público na ação civil pública ⁽¹⁾

CLÁUDIO BARROS SILVA (*)

Procurador de Justiça - RS

SUMÁRIO: I – Colocação do tema. II – O Ministério Público e a tutela coletiva. III – A ação civil pública e os efeitos da sucumbência. IV – O Ministério Público e a improcedência da ação civil pública. V – Conclusão.

I – Colocação do tema:

O grande problema do direito, nos dias atuais, é compreendê-lo diante do fato social e torná-lo efetivo e eficaz para milhões de pessoas que vivem à margem do contexto social, ao lado do Estado organizado, e que não são atingidas pelo direito tradicional, construído e mantido pela interpretação de segmentos de lidadores do direito, desvinculados e descompromissados com as grandes transformações sociais.

Seguramente, diante do fato social, estamos colocados frente ao dilema de ver o Estado sustentado pelo direito tradicional, afirmado pelos produtores do direito (legisladores, interpretadores – juízes, promotores, advogados, professores, doutrinadores, etc – e consumidores privilegiados), que não atende basicamente à sua destinação, e de observar, também, o surgimento de novos direitos, resultantes dos movimentos de massa, que procuram dar significado especial aos consumidores do direito e aos necessitados de justiça ⁽²⁾. O direito tradicional, como nos é repassado, de forma consciente ou não, identificado pela *summa divisio*, desde o tempo de Ulpiniano, não é capaz de resolver os grandes problemas sociais, tendo se tornado ineficaz frente aos movimentos de massa e sem qualquer efetividade diante dos excluídos, que estão ao lado da sociedade.

O movimento histórico em busca da efetividade dos direitos tem representado, nas últimas décadas, a mais radical transformação do pensamento jurídico. Como conse-

quência, juristas vinculados às grandes transformações sociais passaram a identificar os problemas surgidos com a impossibilidade de dar acesso à Justiça a milhões de pessoas que têm direitos assegurados, escritos ou não, nos textos legislativos do Estado formal. Este movimento de pensamento, resultou na expressão clara de que o acesso à Justiça refletia uma reação contra um estilo dogmático-formalista que sempre procurou identificar e justificar o fenômeno jurídico como sendo consequência da interpretação da norma jurídica imposta pelo Estado. Sustenta Mauro Cappelletti que o dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealística do direito, no que se refere ao seu aspecto normativo – *jus positum* – descuidando-se assim dos outros não menos essenciais elementos: sujeitos, instituições e procedimentos; mas tem levado, também, a uma não menos irrealística simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas – juízes, advogados, estudiosos ⁽³⁾. Estes juristas, em regra, assumindo, conscientemente ou não, a simplificação da interpretação, limitam-se a um passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas. Segundo Cappelletti, nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do “resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre a idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado”, com a “doutrina do silogismo judicial, segundo o qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo”; como instrumento “seguro” deste cálculo; o método sistemático-dedutivo que tem a dupla vantagem – pelo menos assim supõe a doutrina em exame – de garantir soluções “certas” e “objetivas” e de excluir a escolha subjetiva do Juiz. Acrescenta, ainda, que não menos importante é o fato de que nesta empostação formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a Justiça, ou seja, que o interpretador deste direito se recusa a avaliar o direito positivo tendo como base critérios de justiça, sociais, éticos, políticos e econômicos.

Assim, como o direito tradicional e a interpretação formal e dogmática deste direito não atendiam os reclamos de milhões de pessoas que estão ao lado do Estado organizado, surgiu o movimento de acesso à justiça como resultado de modificar praxes e dogmas construídos basicamente sobre litígios individuais e desvinculados de qualquer envolvimento com a necessidade de transformação social.

Com certeza, ao movimento de acesso à Justiça não é suficiente a modificação normativa, criando-se novos ordenamentos e procedimentos, reconhecendo direitos de segmentos até então discriminados e excluídos. Para a modificação da estrutura social injusta e perversa com milhões de pessoas, não basta a mera modificação do ato jurídico positivo. Além da modificação estrutural e formal, as modificações do direito somente ocorrerão com as transformações que se impõem aos lidadores do direito. O jurista moderno deve ter consciência da problemática imposta pela realidade social. Diante do fato social, deve posicionar-se com responsabilidade e, como resultado, assumirá a sua função como jurista de sustentação, mantendo praxes ultrapassadas e distantes da realidade social, vinculadas a um direito injusto e preocupado com lides meramente individuais, ou estará engajado na efetiva busca da igualdade que não seja meramente formal. A igualdade é direito subjetivo do homem e não necessita estar, sequer, escrita no texto constitucional. Com certeza, esta igualdade meramente formal torna-se irreal, criando-se distinções e privilégios individuais, de classes, profissionais etc. A igualdade deve ser efetiva, devendo, ao menos, oferecer ao homem as mesmas oportunidades.

Para os juristas que têm trabalhado a matéria, esta busca da igualdade de oportunidades caracteriza o critério que diferencia o tradicional *Stato di Diritto* – Estado de Direito

(*) – Presidente da AMPRGS.

(1) – Trabalho apresentado no Congresso sobre Meio Ambiente, Consumidor e Danosidade Coletiva: Fazendo Justiça no 3º Milênio, no Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública.

(2) – Cláudio Barros Silva “Seguridade Social: Controle Social e o Ministério Público” in RMPRS 34/144 Ed. RT 1995.

(3) – Mauro Cappelletti “O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época” in Revista de Processo n° 61/144 Ed. RT 1991.

- do moderno "Estado Social de Direito". A Constituição Alemã, em seu artigo 20, a Constituição Italiana, no artigo 3º, a Constituição Francesa, em seu preâmbulo, bem como a Constituição Brasileira no seu artigo 3º, inciso III, sustentam que são objetivos dos Estados modernos "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Todavia, a busca permanente da igualdade de oportunidades ou da diminuição das desigualdades não pode ser obstruída pela indiferença daqueles que têm a obrigação social de implementá-las. Tampouco, não pode ser alcançada pela construção técnico-jurídica de lidadores de direito desvinculados com as transformações sociais e com a necessidade de mudança profunda na concepção do direito tradicional.

O movimento do acesso à Justiça fica preso, por vezes, ao imobilismo conseqüente do formalismo e do dogmatismo jurídico, com, como sustenta Cappelletti, "a sua absurda pretensão de uma pureza que nada tem a ver com a realidade". Por esta razão, juristas engajados nas transformações sociais têm sustentado que não há mais sentido de estudar ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos. Há, no direito processual, sempre fenômenos processuais que estão dirigidos ao indivíduo, aos grupos, à sociedade. Estes fenômenos devem ser examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos, pois têm conseqüências em relação ao acesso à Justiça, ao indivíduo, ao grupo ou à sociedade. A visão não pode ser meramente normativa ou dogmática, eis que se o processo for observado como fenômeno social, e não meramente sob a forma de dogmas e praxes jurídicas, o resultado afirmará que o fenômeno produzirá efeitos ao indivíduo, ao grupo e à sociedade de forma diferenciada, mudando a visão tradicional, sobre custas, preparo, ônus da sucumbência, prazos, duração e efeitos do processo, ônus da prova, legitimidade e da própria atividade jurisdicional.

Com a globalização da economia, os Estados modernos têm deixado de lado os conceitos tradicionais de soberania e territorialidade, e os danos massificados têm atingido de forma difusa cidadãos de diferentes nacionalidades tanto na área ambiental - experiências nucleares, camada de ozônio, etc -, na área do consumidor - boicote econômico, **dumping**, etc -, na área da probidade administrativa - quebra de bolsa de valores, paraísos fiscais etc -, como em outras áreas. O direito tradicional e a interpretação dogmática desse direito não alcança segmentos de milhões de necessitados de proteção. Estes fatos, como os danos causados de forma constante e massificado ao indivíduo no próprio limite territorial do Estado, necessitam de proteção constante, para vencer as desigualdades, sobretudo aos cidadãos das classes sociais menos abastadas e culturalmente menos aparelhadas, que estão mais expostos às conseqüências dos danos.

Por esta razão que não bastam os chamados juizados especiais de "pequenas causas" para solução de determinados conflitos. Pode, por exemplo, um consumidor isolado buscar a tutela de seu direito individual através do tradicional esquema de justiça em face de determinado bem adquirido com dano. Isto pode comprometer o direito fundamental que existe nas tentativas, embora interessantes, de resolver o problema da proteção dos consumidores no plano do procedimento simplificado de "pequenas causas". Segundo Cappelletti, "a verdade é que, corretamente vista, a "causa" do consumidor é um agregado, não raro gigantesco, de potenciais "pequenas causas"; portanto, ela só pode ser eficazmente resolvida como "causa gigante", certamente não como "pequena causa" ⁽⁴⁾

Surge, em conseqüência dessa precariedade do cidadão, a ação civil pública como um dos instrumentos de acesso à Justiça com a finalidade de implementar direitos fundamentais para aqueles que estão mais expostos aos danos de massa.

Todavia, a interpretação restritiva, puramente normativa e dogmática do direito tradicional, baseada em conceitos consolidados da simples divisão preconizada pela *summa*

divisio não atende estes direitos que necessitam de efetividade e realização. Não são eles direitos de negação, mas, ao contrário, de efetivação.

Quando se procura, então, interpretar os direitos supra-individuais com a visão privatística e normativa do direito tradicional, ocorre, com certeza, por vezes, a obstrução do acesso à Justiça a segmentos massificados e necessitados de justiça. Regras que valem às lides individuais sobre legitimidade, sobre interesse, sobre ônus impostos às partes, como preparo, prova e sucumbência, coisa julgada, etc., devem ser aplicadas no sentido de efetivar direitos e não negá-los aos excluídos do direito tradicional.

II - O Ministério Público e a tutela coletiva:

A Constituição Brasileira de 1988 caminhou no sentido de afirmar direitos fundamentais, reconhecendo ao cidadão, com foro constitucional, direitos subjetivos que passaram a fazer parte do seu patrimônio na lenta evolução histórica da humanidade. Este grandioso avanço está afirmado no texto da Lei Maior, tida como Constituição Cidadã.

Já nas normas iniciais, no Título II, que dispõe sobre direitos e garantias individuais, há regras que permitem o acesso à Justiça e a apreciação pelo Estado das lesões aos direitos, o dever do Estado na promoção da defesa do consumidor, a possibilidade da impetração de mandado de segurança coletivo por entidades de classe e associações legalmente constituídas. Há regras que regulamentam os direitos sociais, submetidos a proteção massificada e, em conseqüência, normas que afirmam o sistema de seguridade social, onde a saúde, a assistência social e a previdência social são direitos do cidadão e dever do Estado.

Estes direitos, bem como em sentido amplo, todos os demais direitos constitucionais fundamentais, sejam individuais ou sociais, devem merecer do Estado a proteção. Para tanto, detém o Estado o monopólio da jurisdição, pois não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, bem como oferece o Estado formas de acesso à Justiça através do Ministério Público e outros co-legitimados nas ações coletivas ou individuais, e da Defensoria Pública, nas ações que tratem de interesses meramente individuais.

Países que experimentam o exercício do Estado de Direito na sua construção democrática, caminharam no sentido de consolidar o direito à proteção coletiva ao cidadão organizado. Com certeza, nesses países a organização dos cidadãos busca evitar a burocratização e o dirigismo estatal. Ademais, muitas vezes o próprio Estado organizado está envolvido direta ou indiretamente com o produtor do dano coletivo. Como sempre houve graves riscos de que organismos públicos pudessem ser cooptados pelo produtor do dano massificado, perderiam eles a eficácia e eficiência necessária para buscar e efetivar a tutela de direitos fundamentais.

Na Europa continental e no Japão, a lei passou a dar legitimidade a certas associações para a proteção geral e coletiva. Na França, este modelo de proteção chama-se *action collective*. São elas associações legalmente autorizadas para a tutela de interesses difusos ou coletivos. Em países desenvolvidos, com respeito aos direitos fundamentais, onde o exercício democrático possibilitou a organização do cidadão, esta forma de atuação é extremamente significativa. O indivíduo organizado em associação supera a fraqueza do indivíduo isolado. A lide torna-se economicamente possível e possibilita a apreciação do interesse de todos de uma só vez. O reconhecimento legal e oficial dá caráter de idoneidade à associação para defesa de interesses da classe de associados. O inconveniente, todavia, está na necessidade da autorização da lei para a busca da tutela em juízo.

Todavia, nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália e em outros países de língua e cultura inglesa, o exercício da ação de classe tem trazido resultado mais efetivo aos que necessitam da tutela jurisdicional. Na chamada *class action* não está a possibilidade de

(4) - Mauro Cappelletti "O Acesso dos Consumidores à Justiça", Conferência proferida no II Congresso Internacional de Direito do Consumidor. Revista de Processo nº 62/205. Ed. RT 1991.

proteção limitada ao cidadão de forma individual ou a sua associação. Quando colocada a demanda em juízo o litígio envolve uma classe, uma categoria de pessoas, identificadas com clareza ou não. O chamado **class suitor**, o autor da **class action**, para estar em juízo não necessita da anterior autorização em lei específica. Pode estar em juízo dizendo-se representante de uma classe, sendo que o ressarcimento do dano, por norma federal, para os norte-americanos, alcança a todo o dano produzido, responsabilizando com plenitude o responsável pelo dano massificado. Esta possibilidade, embora possibilite a amplitude da tutela coletiva, permite que possa ocorrer o abuso. Necessário, portanto que o autor, o **class suitor**, seja um sério e idôneo representante de toda a classe.

No Brasil, já antes da modificação da norma Constitucional em 1988, o legislador, consciente de que a nossa democracia era incipiente, sujeita às deformações naturais de um País em desenvolvimento, que não reconhecia os direitos fundamentais de seus cidadãos e sabendo, também, que estes, sequer, tinham consciência de seus direitos, resolveu, pela Lei nº 7 347/85, instituir a ação civil pública como um dos caminhos para a proteção dos danos causados ao patrimônio cultural, ao consumidor e ao meio ambiente. Na lei da ação civil pública, a legitimação para agir é atribuída, de forma concorrente e autônoma, ao Ministério Público e a outros co-legitimados. O Ministério Público, em qualquer caso, quando não for o autor da demanda deverá intervir na demanda como **custos legis**, com o que, neste caso, pode estar atenuada a falta de "representatividade adequada" própria da **class action**.

Com certeza, mesmo antes do atual texto Constitucional, o legislador pretendeu afirmar a legitimidade para a tutela de direitos massificados a co-legitimados, dentre os quais o Ministério Público, diante da desorganização do cidadão e da falta de consciência de seus direitos, bem como determinou que o Ministério Público, quando não for autor da demanda civil pública em juízo, deveria sempre comparecer ao processo como **custos legis** para fiscalizar a correta aplicação da lei com relação aos direitos submetidos à prestação jurisdicional.

Com a abertura do regime no Brasil, o País caminhou para o fortalecimento das instituições do Estado e do próprio cidadão. A Constituição de 1988, além de possibilitar o acesso à Justiça a direitos fundamentais, entendeu de dar à Instituição do Ministério Público um novo perfil, afirmando-lhe como Instituição de Estado e não mais de Governo. Assim, o artigo 127 do texto Constitucional diz que o Ministério Público é uma "Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

É instituição permanente, pois o Estado, visto por nós de forma abstrata, concretiza as suas ações através daqueles entes ou órgãos com capacidade para fazê-lo, segundo o texto Constitucional. Assim, quando age, o Ministério Público é o próprio Estado que está em movimento, pois, na sua ação, exerce parcela da soberania estatal. Quando promove, então, uma ação civil pública, tutelando um direito constitucional ou legal, agindo como substituto processual, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, o Ministério Público o faz em nome próprio, buscando a realização de direitos de terceiros. Neste momento, o Ministério Público é o próprio Estado efetivando direitos sociais. O Estado, diante das dificuldades do cidadão em ter acesso à Justiça, permite que a instituição do Ministério Público leve interesses fundamentais a juízo buscando a sua efetividade.

Ademais, o texto constitucional diz, também, que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado. Assim, tem a Instituição do Ministério Público, como os advogados, em regra, nas lides privadas, capacidade postulatória. É o Ministério Público, atuando como órgão agente, um dos caminhos de acesso à Justiça, colocando demandas em juízo na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis,

sejam sociais ou individuais. Também, como essencial a função jurisdicional, deve intervir nos processos em que estes direitos fundamentais estejam sendo objeto de discussão.

Quando atua na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, está o Ministério Público buscando viabilizar um Estado de Direito assegurado a todos os cidadãos no texto constitucional. Ou seja, o respeito às normas constitucionais representam o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, pois a Constituição Federal assegura direitos a todos e não certos privilégios.

Na tutela dos interesses sociais, vinculados ao interesse público primário, na correta separação de Renato Alessi,⁽⁵⁾ o Ministério Público busca a efetividade de direitos que dizem com a própria sociedade. É a realização do bem comum, do bem geral, do bem da sociedade. Os direitos sociais, inseridos nos princípios constitucionais, podem ser tutelados permanentemente pelo Ministério Público, que tem legitimação constitucional para fazê-lo.

Nessa função, agindo em nome do Estado para dar acesso à justiça a uma gama de direitos fundamentais, o Ministério Público é uma parte **sui generis**. Segundo Luís Alberto Thompson Flores Lenz, quando age o Ministério Público deve ser compreendido com as especificidades: 1) não é titular do direito que defende em juízo; 2) não está sujeito a eficácia da sentença; 3) age na condição de substituto processual da sociedade; 4) defende interesses indisponíveis, razão pela qual não pode deixar de atuar ou não pode transigir com o interesse público.⁽⁶⁾

Agindo no processo civil, seja tutelando interesses sociais, como na tutela de interesses individuais, ao Ministério Público é destinado o patrocínio de interesses fundamentais, buscando sempre possibilitar o acesso à justiça aos direitos daqueles que necessitam da proteção do Estado. O texto constitucional reconhece legitimidade ao Ministério Público para, como órgão agente, efetivar direitos fundamentais. O artigo 129, em seus incisos II, III e IV, refere claramente a promoção de demandas para a proteção do interesse social.

Assim, tem o Ministério Público ampla legitimidade constitucional para buscar, perante o Poder Judiciário, a implementação de direitos sociais, descritos ou não nos textos de lei. A tutela e outros interesses difusos ou coletivos demonstram a preocupação do legislador constituinte em dar ao cidadão a possibilidade de acesso à justiça para efetivação de seus interesses. Além dos interesses hoje identificados à proteção do Ministério Público, como meio ambiente, consumidor, direitos das pessoas portadoras de deficiência, direitos da infância e juventude, etc., são passíveis de proteção, na busca de efetividade, por exemplo, direitos à saúde pública, a solução de questões da educação, das questões agrárias, da real reabilitação dos apenados, da dignidade dos discriminados, sejam aidéticos, homossexuais, meninas prostituídas, etc.

Nestes outros direitos, há presença de interesses difusos ou coletivos. Este é o caminho ao Ministério Público no processo civil. As praxes legais que limitam e inibem a ação do Ministério Público na efetivação desses direitos devem ser superadas, para o privilegiamento do acesso à justiça de segmentos sociais que não são protegidos e que necessitam da efetiva ação da Instituição.⁽⁷⁾

Assim, o legislador brasileiro, diante das deficiências da organização social, optou em destinar ao Ministério Público, como co-legitimado, atuando como órgão do Estado,

(5) - Renato Alessi "Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano", págs. 197/198 1960.

(6) - Luís Alberto Thompson Flores Lenz, "Da Responsabilidade do Ministério Público pela Sucumbência na Ação Civil Pública", Revista da Procuradoria-Geral da República nº 4/31, Ed. RT.

(7) - Cláudio Barros Silva, Tese nº 75, "Necessidade de mudança de postura na intervenção do Ministério Público. Para a efetivação, deve o Ministério Público priorizar a qualidade frente a quantidade. Priorizar a ação diante da intervenção". III Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Anais pág. 258 AMP 1994.

o acesso à justiça aos cidadãos que necessitem da proteção estatal. Para tanto, procurou fortalecer a Instituição do Ministério Público, dando-lhe autonomias administrativa e financeira, bem como garantias aos seus membros, que mais são garantias da própria sociedade em ter uma Instituição independente para defesa de seus direitos

III – A Ação Civil Pública e os efeitos da sucumbência:

Quando instituída a Lei da Ação Civil Pública, embora o ordenamento jurídico brasileiro já oferecesse algumas soluções para tutela jurisdicional dos interesses coletivos, para os denominados "interesses difusos" o nosso direito, restrito a conceitos tradicionais e individualistas, não apresentava qualquer possibilidade satisfatória de implementação.

A Lei da Ação Civil Pública trouxe graves e profundas modificações no sistema jurídico tradicional. Os lidadores do direito, acostumados com lides de caráter individual, passaram a ter outro referencial com abrangência significativa na legitimidade, no ônus da prova e sobretudo na coisa julgada, que passou a operar *erga omnes*, sem possibilidade de exclusão de alguns sujeitos, com o que evidentemente se transcendem os limites de uma sentença circunscrita a uma coletividade juridicamente delimitada.⁽⁸⁾

A Lei da Ação Civil Pública e as leis que a modificaram em parte, determinam que não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (artigo 18 da Lei nº 7.347/85).

Diz o artigo 19 da Lei nº 7.347/85 que se aplica o Código de Processo Civil, de forma subsidiária, naquilo que não contrarie suas disposições. Assim, há sucumbência na ação civil pública, se a associação autora e co-legitimada for parte vencida e condenada por ter agido com má-fé. Nos casos de ações civis públicas previstas na Lei nº 7.347/85 aplica-se, também, subsidiariamente a norma do artigo 87 do Código do Consumidor. Nessa norma, para efeito de sucumbência, há referência, também, à associação autora que tenha agido com má-fé.

A sucumbência reflete a regra de que a parte vencida deve ser condenada ao pagamento das custas do processo. Chiovenda diz que "o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante. Esse é o resultado a que conduz o desenvolvimento do direito processual, segundo o qual não há, a princípio, condenação nas custas senão para os litigantes de má-fé; em seguida, transcorre o período intermédio, no qual, não se percebendo a exata natureza do instituto, se aplica à condenação nas custas principais peculiares ao direito civil (culpa), para chegar-se, enfim, à condenação absoluta".⁽⁹⁾

A condenação em honorários e custas processuais decorre, assim, do princípio da sucumbência, que impõe ao vencido na demanda judicial o ônus das despesas efetuadas pelo Estado e pela outra parte para a obtenção da prestação jurisdicional. É portanto a sucumbência, a obrigação de arcar com as taxas devidas ao Estado, bem como com os encargos devidos aos advogados, auxiliares da justiça e gastos pessoais que a parte vencedora realizou.

(8) - Ada Pellegrini Grinover. "Ações Coletivas para a tutela do ambiente e dos Consumidores - A Lei 7.347, de 24.7.85". Revista de Processo nº 44/114, Ed. RT, 1986.

(9) - Giuseppe Chiovenda. "Instituições de Direito Processual Civil". 3ª vol. 1ª ed. Ed. Livraria Acadêmica - Sarnava e Cia. págs. 285/286. 1942.

Na ação civil pública procurou-se destacar o tratamento à associação autora, ficando esta isenta de antecipação de despesas ou dos ônus da sucumbência. Diz Hugo Nigro Mazzilli que, "à exceção do Ministério Público, os legitimados ativos do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública sujeitam-se a condenação em honorários de advogado, custas e despesas processuais; também a associação autora os deve suportar, mas apenas em caso de comprovada má-fé, hipótese em que ainda receberá as sanções do artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90". Esclarece, ainda, Mazzilli que "quando a associação comparecer como assistente litisconsorcial, em caso de comprovada má-fé, deverá suportar em conjunto com a parte principal a condenação em honorários advocatícios e demais despesas processuais; nessa qualidade, porém, não poderá sofrer a condenação ao décuplo das custas. A condenação prevista no parágrafo único do artigo 87 do CDC se limita à associação autora, agindo sozinha ou em litisconsórcio, pois o dispositivo legal é expresso em referir-se à associação autora e aos diretores responsáveis pela propositura da ação". Acrescenta que "à associação assistente litisconsorcial e a seus diretores não se pode impor a sanção do citado parágrafo único (condenação ao décuplo das custas). Isto não quer dizer, evidentemente, que não possa o juiz aplicar sanção processual alguma por litigância de má-fé à associação ré, assistente ou interveniente ou às demais pessoas físicas ou jurídicas legitimadas à propositura ou à intervenção na ação civil pública, agora com fundamento no próprio Código de Processo Civil (arts. 16 a 18), aplicável à hipótese por força do artigo 19 da LACP".⁽¹⁰⁾

Como a sucumbência envolve direito do vencedor e obrigação do vencido, ela, com certeza, aplica-se o direito vigente no momento em que é decretada a condenação. Com exceção do Ministério Público e da associação co-legitimada, quando não age de má-fé, as demais partes na ação civil pública devem suportar o ônus da sucumbência; segundo Hugo Mazzilli.

Todavia, com certeza não o posicionamento que resulta da interpretação da Lei da Ação Civil Pública restringe a sucumbência à associação que for condenada por litigância de má-fé, tão-somente. Não há como se falar em condenação em honorários e custas processuais aos outros co-legitimados, pois seria negar vigência a norma do artigo 18 da Lei nº 7.347/85. A norma deste artigo combinada com a do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública, afirma que as regras do Código de Processo Civil quanto à sucumbência, não se aplicam à ação civil pública. Há, no entanto, uma única exceção: ação ajuizada por associação que for julgada improcedente e a sentença reconhecer a litigância de má-fé da autora.

Como muito bem disseram Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho nas razões de recurso especial nos autos da Apelação Cível nº 151.369.1/4 - SP, "se as normas do CPC fossem aplicáveis em relação ao Ministério Público, aos Estados, aos Municípios, as autarquias, as empresas públicas às fundações e as sociedades de economia mista, também legitimados ativamente, ao lado das associações, pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85, o artigo 18, referido acima, não precisaria restringir a condenação apenas às associações e ainda assim em se tratando de litigância de má-fé".⁽¹¹⁾

Seguindo esta linha de posição, Luiz Fernando Gama Pelegrini, ao comentar a Lei da Ação Civil Pública, sustenta que "o artigo 17 disciplina sanção a ser imposta à associação que pretender reparação manifestamente infundada, senão esta que se reverte na condenação em honorários, nos termos do disposto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Portanto, sendo julgada improcedente ação proposta por associação, em decorrência de falta de fundamentação legal, pagará a autora ao réu honorários como

(10) - Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pág. 259, Ed. RT, 4ª ed., 1993.

(11) - Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho. "Recurso Especial em Ação Civil Pública". Revista de Direito do Consumidor nº 14/179. Ed. RT, 1995.

acima aludido”⁽¹²⁾ Este posicionamento sobre a condenação foi agravado pela norma do artigo 87 e seu parágrafo do Código de Defesa do Consumidor

Outro, também, não é o posicionamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ao sustentar que “quanto ao ônus da sucumbência, a ação civil pública guarda estreita afinidade com a ação popular, especialmente no que diz respeito às despesas, que somente serão pagas a final, respondendo a associação autora por honorários advocatícios apenas quando a pretensão se mostrar manifestamente infundada”⁽¹³⁾

Evidente que, não havendo norma expressa, não há como se fazer a interpretação mais abrangente, pois, com certeza, o legislador pretendeu facilitar o acesso à justiça de direitos fundamentais pelos co-legitimados que não poderão sofrer restrições, sob pena de refletir diretamente nos que necessitam da proteção. A regra do Código de Processo Civil só é aplicada à Lei da Ação Civil Pública, nos termos do artigo 19, “naquilo que não contrarie suas disposições”. Se a Lei nº 7.347/85 determina a condenação da associação autora quando condenada por litigância de má-fé, outra interpretação seria contrária a própria Lei.

Na ação civil pública, portanto, as regras da sucumbência estão restritas à condenação de associação que, atuando como autora, o faz litigando com má-fé.

IV – O Ministério Público e a improcedência da Ação Civil Pública:

Na ação civil pública, para que o acesso à justiça seja facilitado e efetivo aos que necessitam da proteção, o legislador procurou dar legitimidade, em regra, a instituições e entes estatais diante da deficiência da organização do cidadão. A exceção todavia, foi legitimar as associações que estivessem constituídas, nos termos da lei civil, há mais de um ano e que incluíssem entre suas finalidades a proteção dos bens e direitos previstos na Lei.

O Ministério Público, como co-legitimado, é, com certeza, o caminho mais utilizado para efetivar os direitos fundamentais protegidos na Lei da Ação Civil Pública e em toda legislação posterior que tratou de direitos difusos e coletivos.

Como instituição do Estado e não de governo, o Ministério Público quando age defende os interesses da própria sociedade, buscando implementá-los e efetivá-los. Todavia, como é o próprio Estado buscando implementar direitos da sociedade, não poderá arcar com os ônus da improcedência da ação.

As regras aplicáveis são as mesmas do mandado de segurança. Este, também, é um instrumento jurídico definido em norma constitucional de proteção de direitos fundamentais. Evidente que a utilização do mandado de segurança para garantir um determinado direito constitucionalmente assegurado, não pode ter como consequência a imposição da sucumbência pelo insucesso da demanda. Como não há condenação a honorários de advogado no mandado de segurança, consolidada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 512), a busca da proteção coletiva não poderá gerar, com o improvimento da demanda, consequências outras que não as previstas na própria Lei.

Na ação civil pública, o Ministério Público, diante da autorização legal, possui legitimidade extraordinária e atua como substituto processual. Atuando como órgão agente, havendo a previsão legal, tem o Ministério Público legitimidade concorrente, sem ser o titular da relação jurídica de direito material. O sujeito da relação é, portanto, o titular da pretensão, que tem o direito subjetivo que afirma a relação jurídica de direito material. O Ministério Público, por autorização extraordinária da lei, como substituto processual é parte que assume uma figura *sui generis*, no dizer de Alcides de Mendonça Lima.

(12) – Luiz Fernando Gama Pellegrini, RT nº 613/272

(13) – Sálvio de Figueiredo Teixeira RF nº 294/388

Segundo o mestre, “age como parte, com todos poderes e ônus (e mais obrigações, aditamentos), mas que não obtém nenhum proveito – nem para a entidade e nem para seu membro, como não sofre prejuízo algum. Parte formal, portanto, e não, substancial”⁽¹⁴⁾ Assim, provendo demandas, o Ministério Público visa dar acesso a direitos fundamentais em juízo, tendo, apenas, legitimidade para fazê-lo. Os titulares da relação jurídica de direito material, que aproveitarão, ou não, o sucesso da demanda são os tutelados pela ação do Ministério Público.

Assumindo a opinião de Redenti, que via na atividade do Ministério Público, aquela tendente a implementar uma plena atuação do ordenamento jurídico, o excluindo da sucumbência nos encargos do processo, acrescentando, também, que quando a ação do Ministério Público fosse acolhida, nem por isso deveria ser atribuída ao Erário a despesa do juízo, eis que o custo da atividade do órgão do Ministério Público estava incluído entre as despesas de caráter geral do Estado, Yussef Said Cahali tem sustentado que “parece que a melhor colocação se define no sentido de não se sujeitar o Ministério Público às regras da sucumbência processual. Tendo o Colegiado adotado o princípio da causalidade, não se divisa a que título aquela responsabilidade lhe pode ser carregada; como substituto, o Ministério Público age, intervém ou contesta, mas não é parte na relação de direito substancial, agindo no interesse de uma ou de ambas as partes, ou no interesse público”⁽¹⁵⁾

Não sendo parte no sentido integral, pois não é o titular da relação jurídica de direito material, as regras do artigo 81 do Código de Processo Civil que afirmam ao Ministério Público, como órgão agente, os mesmos ônus e poderes que as partes, não se aplicam à sucumbência. Este fato não caracteriza privilégio processual, mas diferenciação entre o Ministério Público, que age com legitimação extraordinária, com a parte legítima ordinariamente. As consequências são claras e diretamente ligadas aos que devem ter a tutela na ação promovida pelo Ministério Público. Como adverte Theotônio Negrão, o Ministério Público “não está sujeito ao adiantamento das despesas processuais (art. 19, § 2º), nem à condenação nestas (art. 27) ou em honorários de advogado”⁽¹⁶⁾

Colocada uma demanda civil pública em juízo pelo Ministério Público, sendo ela julgada improcedente, se houver responsabilidade, esta haverá de ser do próprio Estado. O Ministério Público é uma instituição do Estado, seus órgãos são agentes políticos do Estado, quando atuam, exercem parcela da soberania estatal, por esta razão não deve adiantar despesas, bem como pagar custas ou honorários advocatícios. Mesmo que se pudesse admitir a sucumbência, esta deveria ser arcada pelo Estado e não pelo Ministério Público. Este posicionamento é adotado por Hugo Nigro Mazzilli que sustenta que há isenção do Ministério Público, enquanto instituição, pelos encargos da sucumbência, mas, neste caso, “cremos devam ser eles carregados ao Estado. O vencido pagará as custas do processo, é o que dispõe a lei (art. 20 do CPC). Sendo o pedido formulado pelo Ministério Público que venha receber a improcedência, por certo, responsabilidade haverá para o próprio Estado, nunca para a instituição do Ministério Público, desprovida de personalidade jurídica. O Ministério Público é instituição permanente do Estado, que age por força de lei e estritamente nessa qualidade, responsabilizando, pois, o Estado, como, aliás, ocorreria se o próprio Estado, como pessoa jurídica de direito público interno, por seus procuradores, tivesse proposto a ação civil pública e viesse a sucumbir”⁽¹⁷⁾

(14) – Alcides de Mendonça Lima “Atividade do Ministério Público no Processo Civil” Revista do Ministério Público nº 9/22 Ed. AMP, 1977.

(15) – Yussef Said Cahali in Honorários Advocatícios, pág. 147 Ed. RT, 1978.

(16) – Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor pág. 109 Malheiros Editores 1992.

(17) – Hugo Nigro Mazzilli ob. cit. pág. 260

Nesse caminho, a posição expressada por Lafayette Pondé parece extremamente adequada no sentido de que "é certo que, qualquer que seja a sua posição no processo, o Ministério Público atuará sempre como órgão do Estado e, como tal, seus atos são sempre imputados a este, que por eles há-de responder" ⁽¹⁸⁾

Este tem sido o posicionamento da jurisprudência. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 58.556-1 da Comarca de Porto Feliz, cujo relator foi o Des. J.L. Oliveira, em votação unânime, afirmou que "o artigo 20 do Código de Processo Civil, invocado pela respeitável sentença é inaplicável à ação civil pública, quando proposta pelo órgão do Ministério Público". No corpo do acórdão, o voto do eminente relator afirma que "não é porque a lei da ação civil pública traça as regras específicas para a condenação em honorários e nas custas, que afastam as do Estatuto Processual Civil, valendo, aqui, notar que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, já assentou o entendimento, em matéria de honorários, segundo o qual havendo lei especial, é inaplicável à espécie o preceito do Código de Processo Civil (artigo 20, § 3º), in RTJ, vol 87/572".⁽¹⁹⁾ No mesmo sentido foi a decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em votação unânime, cujo relator foi o Des. Siveira Netto, cuja ementa diz: "Ação Civil Pública. Proteção dos direitos dos consumidores. Propositura pelo Ministério Público. Hipótese em que age no interesse da coletividade. Condenação nas verbas da sucumbência uma vez julgada improcedente a ação é inadmissível Inteligência do artigo 17 da Lei nº 7.347/85. O Ministério Público, quando propõe ação civil pública para proteção dos direitos do consumidor, está agindo no interesse da coletividade, tanto que não pode desistir da ação. Assim, não poderá também ser condenado nas verbas da sucumbência quando a demanda for julgada improcedente" ⁽²⁰⁾

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul tem decidido, também, nesse sentido: "Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público. Inviabilidade de condenação em honorários advocatícios, a título de sucumbência. Apelo provido" (7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 194005708, decisão unânime, relator Juiz Antônio Janyr Dall Agnol Júnior). O mesmo posicionamento tem sido adotado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, que, na Apelação Cível nº 59106467.0, cujo relator foi o Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em julgamento unânime, assim decidiu: "Honorários advocatícios. Nas ações civis públicas, mesmo sendo a pretensão manifestamente infundada, não há condenação a honorários, se o autor for o Ministério Público. Apelação provida"

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado posicionamento no mesmo sentido. Em 31 de agosto de 1994, ao julgar o recurso especial nº 28.715-0, 1ª Turma, em decisão unânime, cujo relator foi o Min. Milton Luiz Pereira, assim ementou: "Processo Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Honorários advocatícios. Lei nº 7.347/85 (art. 17). Lei nº 8.078/90 (art. 115). 1. A legitimidade do Ministério Público para agir como autor da ação civil pública é ponto luminoso no cenário constitucional das suas atividades, com expressa previsão, (arts 127 e 129, III, CF, Lei Complementar 75/93, art. 6º, art. 5º, Lei nº 7.347/85). 2. Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como *custus legis* (§ 1º, art. 5º, ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei nº 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. 3. No caso, além do mais, a pretensão não se mostra infundada,

(18) - Lafayette Pondé, "Da Responsabilidade Civil do Estado por Atos do Ministério Público" Revista Forense nº 152/47

(19) - RJTJESP nº 118/309 Ed. Lex

(20) - RT nº 639/73 1989

não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Tanto que a solução judicial dependeu de laboriosa prova técnica. 4. Litigância de má-fé reclama convincente demonstração. 5. Recurso provido."

Ainda, ao apreciar o Recurso Especial nº 47.242-3/RS, em decisão unânime, em 19 de setembro de 1994, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça lançou a seguinte ementa, cujo relator foi o Min. Humberto Gomes de Barros: "Processo Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Condenação. Custas. Lei nº 7.347/85, artigos 17 e 18. 1. Em se tratando de ação civil pública, a questão do ônus da sucumbência recebe disciplina específica, que afasta a aplicação subsidiária do artigo 20 do CPC. 2. A teor do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, a regra é a isenção de honorários de advogado, custas e despesas processuais, ressalvada apenas a hipótese de má-fé processual da associação autora. 3. Recurso provido."

Inegavelmente que não há previsão legal para impor ao Ministério Público o ônus da sucumbência em ação civil pública de sua iniciativa e julgada improcedente. Este tem sido o posicionamento manifesto da doutrina e da jurisprudência. Mesmo que se pudessem entender de impor as consequências do insucesso da demanda civil pública promovida pelo Ministério Público, o ônus seria do Estado, pois o Ministério Público é desprovido de personalidade jurídica, agindo em nome do Estado na tutela de direitos e interesses fundamentais do cidadão. Este posicionamento é adotado, dentre outros, por Hugo Mazzilli e Evandro Ferreira de Viana Bandeira ⁽²¹⁾ todavia, por certo, o Ministério Público não sucumbe, não paga custas e, tampouco, honorários. Na ação civil pública da Lei nº 7.347/85, bem como na tutela de outros interesses fundamentais da sociedade, não há a imposição da sucumbência ao Ministério Público, podendo ocorrer, no entanto, ao Estado.

V - Conclusão:

Quando o legislador buscou a proteção dos direitos da sociedade, sejam coletivos ou difusos, definindo regras para a tutela, optou em dar legitimidade ao Ministério Público para agir como substituto processual.

Sendo o Ministério Público uma instituição do Estado e não de governantes, entendeu o legislador que, como co-legitimado, poderia ser a Instituição um canal de acesso à justiça buscando a implementação de direitos fundamentais.

Também, o legislador não colocou qualquer impedimento legal para o acesso da Instituição ao processo, pois a finalidade da Lei é alcançar a implementação dos direitos da sociedade.

Assim, qualquer posicionamento interpretando a norma legal e constitucional, que vise restringir a atuação do Ministério Público afeta diretamente os interesses da sociedade, pois lhe nega acesso à justiça e obsta a própria prestação jurisdicional.

Posicionamentos interpretando restritivamente a lei, com certeza, estão carregados de ideologia e visam negar acesso à justiça aos necessitados de justiça e contêm, na construção interpretativa, o interesse de afirmar as desigualdades de forma acentuada, mantendo um direito injusto, onde segmentos marginalizados estão excluídos da efetivação de direitos fundamentados. Por certo, o caráter ideológico dessas decisões não afetam o Ministério Público, mas agredem frontalmente os mais elementares direitos do cidadão.

(21) - Evandro Ferreira de Viana Bandeira, "O Ônus da Sucumbência da Ação Civil Pública de Responsabilidade por Dano Ecológico Promovida pelo Ministério Público" Revista de Processo nº 73/108 Ed. RT 1994